

16

JULIANA ET AL. C. ÉTATS-UNIS ET AL. (2016-2020)¹Emnet GEBRE²

« En exerçant mon « jugement raisonné », je n'ai aucun doute que le droit à un système climatique capable de soutenir la vie humaine est essentiel à une société libre et ordonnée »³ : c'était en ces termes que la juge Ann Aiken avait jeté les premiers jalons d'une possible reconnaissance du droit à un climat stable découlant du 9^e amendement de la Constitution américaine. À l'instar des actions menées par des associations en faveur d'une justice climatique aussi bien intragénérationnelle qu'intergénérationnelle⁴, cette affaire a été coordonnée par l'association *Our Children's Trust* qui est devenue aujourd'hui l'un des porte-étendards du combat judiciaire mené dans la lutte contre les changements climatiques pour le droit des générations présentes et futures. Le 12 août 2015, un groupe de jeunes âgés de 8 à 19 ans, une association d'activistes environnementale nommée Earth Guardian et le Dr. James Hansen en tant que tuteur des générations futures ont porté une action civile devant le Tribunal fédéral de District de l'Oregon contre le gouvernement fédéral, le Président Barack Obama et de nombreuses agences et autorités gouvernementales⁵.

Les plaignants allèguent que les défendeurs ont porté atteinte à leurs droits fondamentaux garantis par la Constitution américaine ainsi que ceux des générations futures à cause de leur inaction à réguler les émissions de gaz à effet de serre (GES) pour plus de 50 ans, et ce en connaissance de cause des risques que comporte le dioxyde de carbone (CO₂) produit par la combustion des énergies fossiles⁶. Au mépris des risques, le gouvernement aurait même encouragé l'exploitation des combustibles fossiles. À cause du manquement du gouvernement fédéral à réguler la pollution atmosphérique et à atténuer les changements climatiques, les plaignants ont avancé trois séries

1 Version actualisée d'un article précédemment publié in *Les procès climatiques : entre le national et l'international* sous la direction de Christel COUNIL et Leandro VARISON, éd. Pedone, Paris, 2018.

2 Consultante internationale et Docteure en droit.

3 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 2016 WL 6661146 (D. Or. Nov. 10, 2016), § 82, en ligne : <https://biotech.law.lsu.edu/cases/environment/Juliana.htm> (consulté le 12 mars 2020).

4 Les affaires *Urgenda* aux Pays-Bas, *Leghari* au Pakistan ou encore l'affaire coordonnée par l'ONG Dejusticia devant la Cour suprême colombienne peuvent être rappelées à titre d'exemple. Dans cette dernière affaire intentée par un groupe de 25 enfants, la Cour suprême colombienne a ordonné le gouvernement de mettre fin aux activités de déforestation et a enjoint les collectivités à élaborer un plan d'action de protection de la forêt. (V. Commentaires dans cet ouvrage).

5 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC (D. Or. Sept. 10, 2015), ECF No. 7, § 98-99, en ligne : <https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/57a35ac5ebbd1ac03847eece/1470323398409/YouthAmendedComplaintAgainstUS.pdf> (consulté le 12 mars 2020).

6 *Idem*, § 133.

de violations des droits fondamentaux garantis par la Constitution américaine. Ils allèguent une violation du 5^e amendement (*Due Process Clause*), c'est-à-dire une violation du droit à la vie, à la liberté et à la propriété⁷. Une violation du droit à une protection égale devant la loi sans discrimination garanti par le 5^e amendement a également été invoquée⁸. Par ailleurs, c'est en se fondant sur la violation du 9^e amendement, une clause contenant les droits qui ne sont pas expressément énumérés dans le texte de la Constitution que les plaignants avancent la violation du droit à un climat stable⁹. Enfin, il en résulterait également une violation de l'obligation de préserver en fiducie les ressources naturelles pour le peuple et pour les générations futures sur le fondement de la *Doctrine du Public Trust* (principe de la fiducie publique)¹⁰.

En conséquence, les plaignants demandent, d'une part, une mesure de redressement déclaratoire reconnaissant que leurs droits garantis par la Constitution et les obligations fiduciaires des défendeurs ont été violés, et d'autre part, une mesure de redressement par voie d'injonction interdisant à ces derniers de continuer à violer ces droits et leur demandant de préparer un plan de réduction des émissions de CO₂¹¹. Les défendeurs, quant à eux, se sont attelés à invoquer l'irrecevabilité de l'action pour défaut de compétence matérielle et du bien-fondé de la demande¹².

Le 8 avril 2016, le juge Thomas Coffin du Tribunal de District de première instance de l'Oregon a reconnu sa compétence en déclarant que les demandes fondées sur la violation des droits constitutionnellement garantis et de la fiducie publique étaient recevables¹³. Par la suite, l'affaire a été renvoyée par le juge Thomas Coffin au Tribunal fédéral du District qui avait le pouvoir d'accepter, de rejeter ou de modifier tout ou en partie les conclusions et les recommandations du juge Thomas Coffin¹⁴. Le 10 novembre 2016, la juge Ann Aiken a rejeté la demande de non-lieu en confirmant les conclusions et recommandations du juge Thomas Coffin¹⁵. Cette décision a été longuement contestée par le gouvernement fédéral et les agences fédérales pour défaut de compétence du Tribunal et de l'intérêt à agir des plaignants.

Le 9 février 2017, après l'élection présidentielle, Donald Trump et les membres de son administration se sont substitués à Barack Obama. Les défendeurs ont introduit, le 7 mars 2017, un appel incident (*interlocutory appeal*) contre la décision de la juge Ann Aiken. Cette dernière ayant rejeté la demande d'appel du gouvernement¹⁶, celui-ci décide alors d'introduire un appel exceptionnel (*writ of*

7 *Id.*, § 84-85.

8 *Id.*, § 290-292.

9 *Id.*, § 303-304.

10 *Id.*, § 307-310. Le 16 avril 2018, une action similaire intentée par un groupe de jeunes a été introduite en Floride contre l'État de Floride et d'autres agences publiques notamment sur le fondement de la *Doctrine du Public Trust*.

11 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC (D. Or. Sept. 10, 2015), ECF No. 7, p. 94.

12 Federal defendants' memorandum of points and authorities in support of their motion to dismiss, Civil n° 6:15-cv-01517-TC, 17 novembre 2015.

13 United States District Court for the District of Oregon, Order and Findings & Recommendation, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 8 avril 2016, en ligne : <https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/576195342fe1316f09d2eb8d/1466012983313/16.04.08.OrderDenyingMTD.pdf> (consulté le 12 mars 2020).

14 *Magistrate act*, 28 U.S. Code § 636 (b) (1).

15 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6:15-cv-01517-TC, 10 novembre 2016.

16 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, Case No. 6:15-cv-01517-TC Federal Defendants' Motion to Certify Order for Interlocutory Appeal, 7 mars 2017.

mandamus) devant la Cour d'appel du 9^e circuit pour demander une révision exceptionnelle de la décision du 10 novembre 2016 au motif de la violation de la séparation des pouvoirs. Par une décision du 7 mars 2018, la Cour d'appel du 9^e circuit a rejeté la demande de l'administration fédérale¹⁷. La date du procès devant la juge Ann Aiken avait été fixée au 29 octobre 2018¹⁸.

Le 17 juillet 2018, le gouvernement a présenté une requête visant à suspendre les procédures auprès de la Cour suprême. Celle-ci l'a rejetée au motif que la demande était prématurée. La Cour suprême en a tout de même profité pour donner son avis sur les réclamations des plaignants qu'elle trouve « frappantes » tout en émettant un doute quant à la justiciabilité du litige¹⁹. En juillet 2018, le gouvernement a présenté deux requêtes pour jugement sommaire. En attendant la décision du Tribunal de District, le gouvernement a saisi la Cour d'appel du 9^e circuit pour un deuxième appel exceptionnel (*Writ of mandamus*) qui a été encore une fois rejeté. Le 15 octobre 2018, la juge Ann Aiken rejette la demande, mais elle accepte de retirer de l'affaire le président américain en tant que défendeur et a rejeté une partie de la demande des plaignants fondée sur le principe d'égalité devant la loi. Tout cela n'a toutefois pas empêché la Cour de District de confirmer l'intérêt à agir des plaignants ainsi que la justiciabilité du litige au stade d'un jugement sommaire. Elle refuse également de fonder la plainte sur la loi des procédures administratives (*Administrative Procedure Act*)²⁰. Le gouvernement a alors saisi la Cour suprême une deuxième fois pour demander l'arrêt de la procédure sur le fondement d'une violation du *Administrative Procedure Act* et de la séparation des pouvoirs. Le 2 novembre 2018, la Cour suprême rejette la demande tout en estimant que la Cour d'appel du 9^e circuit peut répondre à la demande du gouvernement malgré les deux rejets qu'elle a déjà prononcés²¹. Le 8 novembre 2018, conformément à la décision de la Cour suprême, la Cour d'appel du 9^e circuit a suspendu l'affaire jusqu'à ce qu'elle rende sa décision sur la demande du gouvernement pour un appel exceptionnel (*writ of mandamus*)²². Le 21 novembre 2018, le Tribunal de District a accepté de donner suite à la demande d'appel interlocutoire du gouvernement en mettant l'affaire en sursis²³. Ce qui a permis au gouvernement de saisir la Cour d'appel du 9^e circuit pour contester la recevabilité de l'affaire. Le 26 décembre 2018, si cette dernière a refusé d'accorder l'appel exceptionnel (*writ of mandamus*), elle autorise le gouvernement à introduire un appel incident²⁴.

17 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 17-71692 D.C. No. 6:15-cv-01517-TC-AA Opinion, In Re United States of America c. United States District Court for the District of Oregon, Eugene, 7 mars 2018.

18 Our Children's Trust, *Juliana c. United States*, Climate Trial Set For October 29, 2018, en ligne : <https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5acfb356562fa7b5ec6156da/1523561303604/2018.04.12+Trial+Date+Set+in+Juliana+v.+US++Press+Release.pdf>, (consulté le 26 mars 2020).

19 United States, *et al.* c. USDC OR, Order in pending case, 30 juillet 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20180730_docket-18A65_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

20 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6:15-cv-01517-AA OPINION AND ORDER, 15 octobre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181015_docket-615-cv-1517_opinion-and-order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

21 Re United States, *et al.*, Order in pending case, 2 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181102_docket-18A-410_order.pdf (consulté le 15 mars 2018).

22 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 18-73014 D.C. No. 6:15-cv-01517-AA District of Oregon, Eugene ORDER, 11 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181108_docket-18-73014_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

23 United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6:15-cv-01517-AA ORDER, 21 novembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181121_docket-615-cv-1517_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

24 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 18-73014 D.C. No. 6:15-cv-01517-AA District of Oregon, Eugene ORDER, 12 décembre 2018, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2018/20181226_docket-18-73014_order.pdf (consulté le 15 mars 2020).

Après plusieurs mois de procédure, le 17 janvier 2020, la Cour d'appel du 9^e circuit, composée de trois panels de juges, a rendu son jugement par lequel elle renverse la décision du Tribunal de District²⁵. Le 3 février 2020, les plaignants ont déposé une requête pour une audience En Banc devant la Cour d'appel du 9^e circuit²⁶.

Dans sa décision du 10 novembre 2016, la juge Ann Aiken avait précisé que l'affaire ne constituait pas « une action en justice ordinaire »²⁷. En effet, ce fut la première fois qu'un groupe de jeunes attaquait le gouvernement fédéral en justice. Il faut reconnaître que l'identité des plaignants a été décisive, ce choix ayant eu des incidences sur la justiciabilité du litige et plus particulièrement sur l'intérêt à agir. Pour les plaignants, la jeunesse et les futures générations constituent une catégorie vulnérable qui serait particulièrement affectée par les dommages *climatiques* résultant de l'action ou de l'inaction des défendeurs. Compte tenu de leur faible poids politique les empêchant de contester les actions gouvernementales, ils ont besoin d'une « protection extraordinaire »²⁸. Le choix de poursuivre le gouvernement fédéral plutôt que des entreprises ou des entités infra-étatiques n'est également pas anodin, car celui-là est responsable d'un large éventail de mesures d'ordre économique et environnemental impactant le climat.

Il s'en déduit une série de trois questions posées en première instance consistant à savoir si « les défendeurs sont responsables pour certains des dommages causés par les changements climatiques, si les plaignants peuvent contester la politique climatique des défendeurs devant la justice et si la Cour peut ordonner aux défendeurs de changer leur politique sans contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs »²⁹. La réponse à ces questions a nécessité l'examen préalable de la recevabilité de l'affaire ainsi que des violations potentielles sur le fondement desquelles la plainte a pu être acceptée.

En effet, en première instance, cette affaire avait constitué une lueur d'espoir dans la lutte contre le changement climatique en ce que de nombreux obstacles mettant en échec la recevabilité des actions climatiques portées jusque-là devant les cours américaines avaient été battus en brèche. Toutefois, de nombreux éléments présageaient déjà que la guerre était loin d'être gagnée. Face à un pouvoir exécutif qui s'est acharné à multiplier les requêtes pour empêcher l'affaire de continuer³⁰ et une cour suprême qui a donné le ton depuis le début³¹, on ne peut pas dire que la décision de la Cour d'appel du 9^e circuit du 17 janvier 2020 rejetant la demande des plaignants est une surprise³². Le renversement de la décision du juge Aiken par la Cour d'appel fédérale laisse ainsi planer une grande

25 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA OPINION, 17 janvier 2020, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2020/20200117_docket-18-36082_opinion.pdf (consulté le 22 mars 2020). Voir toutes les étapes de la procédure en ligne : <http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/> (consulté le 22 mars 2020).

26 Petition for rehearing en banc of plaintiffs-appellees, 3 février 2020, en ligne : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2020/20200302_docket-18-36082_petition-for-rehearing.pdf (consulté le 15 mars 2020).

27 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), précité, § 6.

28 First amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, précité, § 294.

29 *Id.*, § 7.

30 Le gouvernement a fait plusieurs requêtes pour demander l'arrêt de la poursuite à deux reprises devant la Cour suprême.

31 Même si elle avait rejeté la demande d'arrêt de la procédure requise par les défendeurs, la Cour suprême avait émis des réserves sur le procès notamment sur l'étendue et la justiciabilité des demandes faites par les plaignants.

32 Dans le même sens, Michael B. Gerrard, le directeur du Sabin Center for Climate Change Law avait affirmé que la décision « était une déception, mais pas une surprise ».

incertitude pour les futures actions climatiques d'autant plus que les juges demeurent divisés sur la question³³. Si l'on doit admettre que l'affaire *Juliana* a constitué une grande avancée dans la reconnaissance des préjudices liés aux changements climatiques (I), elle révèle les difficultés du pouvoir judiciaire à se faire confiance et à reconnaître sa capacité à statuer dans les litiges climatiques (II).

I. Une avancée certaine dans la reconnaissance des préjudices liés aux changements climatiques

La Cour d'appel n'a eu aucune difficulté à reconnaître la menace que font porter les changements climatiques sur l'exercice des droits fondamentaux. À l'instar du Tribunal de District, elle a rejeté l'exception d'incompétence portant spécifiquement sur l'absence d'un préjudice concret et particulier qui serait imputable à l'action du gouvernement (A). Le Tribunal avait également déclaré recevables les préjudices invoqués par les plaignants qui ont soulevé la violation de leurs droits constitutionnels et du principe de la fiducie publique. La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur ce point, mais pour autant cela ne signifie pas qu'elle le rejette (B).

A. Le rejet de l'exception d'incompétence

1. La reconnaissance de l'existence d'un préjudice concret et particulier

Il faut rappeler que seul le préjudice de fait qui est concret, particulier, actuel et imminent, pouvant être imputé aux actions des défendeurs et pouvant probablement être réparé, peut justifier d'un intérêt à agir. Très souvent, les actions fondées sur des préjudices à l'environnement ont été déclarées irrecevables compte tenu de leur caractère général. Cette exigence n'est pas propre aux cours américaines, elle a, depuis longtemps, été appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme qui rejette des demandes fondées sur un préjudice général et non personnalisé³⁴. Toutefois, le seul fait que le dommage affecte plusieurs personnes et soit partagé par plusieurs d'entre elles ne rend pas l'affaire non justiciable, car il suffit que le plaignant montre que le préjudice l'affecte de manière concrète et personnelle³⁵.

Dans l'affaire *Juliana*, les plaignants évoquent une série de préjudices : des problèmes liés à l'accès à l'eau potable et à l'alimentation menaçant leur sécurité alimentaire ainsi que des problèmes liés aux inondations et aux feux mettant en danger leur sécurité personnelle, etc. Pour la Cour, les plaignants ont su montrer que leur préjudice est concret, individualisé et imminent. De même, ils arguent que les hausses de températures détruisant les cultures ont gravement affecté leurs sources de revenus et leurs moyens de subsistance. Ils évoquent également les menaces pour leur santé et la destruction d'habitation affectant leur droit au logement. Leur liberté de circulation était également

³³ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, voir l'opinion dissidente du juge Staton, p. 32 et s.

³⁴ V. par exemple, Cour EDH, *Athanassoglou et autres c. Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV, 6 avril 2000, § 52.

³⁵ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 16.

impactée du fait que certains plaignants étaient bloqués dans leur logement, faute de place disponible dans les refuges. Pour la juge Ann Aiken, l'imminence du préjudice ne fait pas de doute dans la mesure où le dommage s'est déjà concrétisé et continuera de se produire.

La Cour d'appel a confirmé l'analyse de la Cour de District en rappelant que le préjudice invoqué par certains plaignants remplissait les conditions requises. La séparation familiale subie par une plaignante à cause d'une pénurie d'eau et les évacuations multiples endurées par un habitant des zones côtières à cause des inondations à répétition ont été citées à titre d'exemple. Loin de constituer de simples projections, la Cour a reconnu que les préjudices invoqués sont d'autant plus concrets et imminents qu'ils se sont déjà matérialisés. L'argument longtemps avancé par les défendeurs portant sur le caractère généralisé du préjudice a été rejeté par la Cour qui s'est appuyée sur la jurisprudence *Massachusetts c. EPA* pour rappeler que « le fait qu'un préjudice soit largement partagé ne fait pas nécessairement de lui un grief généralisé »³⁶.

2. La reconnaissance du lien de causalité

La reconnaissance d'un intérêt à agir a également nécessité l'examen de l'imputabilité. La Cour a reconnu les difficultés qu'il y a à prouver la causalité en matière d'émissions de GES, c'est-à-dire à établir un lien entre les émissions de GES d'un État et les effets localisés subis par une région donnée. La Cour a décidé de retenir une appréciation plutôt souple du lien de causalité au stade de la recevabilité. Cette approche a déjà été retenue en 2009 dans l'affaire *Connecticut c. American Electric Power Company*³⁷.

L'avancée opérée dans la première affaire *Juliana* résidait également dans la volonté de la Cour de tenir compte des dernières évolutions scientifiques dans l'appréciation du lien de causalité. En effet, alors que les défendeurs invoquent l'affaire *Bellon* dans laquelle le Tribunal avait déclaré l'affaire irrecevable au motif que le lien de causalité entre les émissions des cinq raffineries de pétrole et les dommages invoqués par les plaignants ne peut être démontré³⁸, la juge Ann Aiken refuse de retenir le même raisonnement compte tenu des évolutions de la science climatique enregistrées depuis que cette décision a été rendue cinq ans auparavant. Il faut également noter que la causalité a été appréciée par la Cour à l'aune des parts que les émissions américaines représentent dans le total des émissions globales³⁹ et de la large compétence de régulation dont ces derniers disposent en matière climatique⁴⁰. En effet, alors qu'elles possèdent un pouvoir de décision important et un pouvoir d'influer positivement sur la politique climatique interne, les autorités gouvernementales visées par la plainte ont, à l'inverse, promu l'utilisation des fossiles combustibles⁴¹.

36 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 517 (2007).

37 *Connecticut c. American Electric Power Company*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009) (V. commentaire de P. ABADIE dans cet ouvrage).

38 *Washington Environmental Council c. Bellon*, 732 F. 3d 1131 (9th Cir. 2013).

39 Dans l'affaire *Bellon*, la Cour d'appel du 9^e circuit avait affirmé que l'impact des émissions des défendeurs (cinq raffineries de pétrole) sur les émissions globales ne peut être discerné de manière scientifique.

40 Les défendeurs tels que l'Agence de protection environnementale et le Département des transports bénéficient de larges pouvoirs sur les secteurs qui produisent 64 % des émissions américaines (celles-ci représentant 14 % des émissions mondiales).

41 Entre 1751 et 2014, en 263 ans, les États-Unis ont produit 25 % des émissions globales mondiales ; en 2012, ils sont le 2^e État le plus pollueur ; la combustion des fossiles combustibles est responsable de 94 % des émissions américaines.

La Cour d'appel a également considéré que le deuxième critère pour la reconnaissance d'un intérêt à agir a été rempli dans le cadre d'une requête pour jugement sommaire. L'existence d'une chaîne de causalité n'est pas de nature à faire obstacle à l'établissement d'un lien de causalité à partir du moment où le lien n'est pas hypothétique ou ténu. Les juges ont clairement reconnu que les préjudices invoqués par les défendeurs découlent des émissions de carbone produites par les combustibles fossiles. Or, les États-Unis sont responsables de 25 % des émissions globales entre 1850 et 2012 et de 15 % actuellement. Pour la Cour, la responsabilité du gouvernement fédéral est établie dans la mesure où une part significative de l'exploitation des énergies fossiles est attribuable à celui-ci qui l'a autorisée en accordant notamment des subventions ou des baux d'exploitation⁴². La stratégie des plaignants consistant à viser plusieurs agences fédérales responsables d'un large éventail de décisions et de politiques fédérales allant « des subventions aux permis de forage pendant plus de 50 ans » a aussi convaincu la Cour d'appel. Celle-ci a, pour cette raison, refusé le parallèle établi par les défendeurs avec la jurisprudence *Bellon* au motif que dans le cas de l'espèce, la question de savoir si les politiques fédérales visées par les plaignants ont constitué « un facteur substantiel » dans la survenance du préjudice est un « réel différent factuel »⁴³.

La causalité semblait établie dès le début de la décision où le juge Hurwitz s'est montré plutôt catégorique lorsqu'il reconnaît que le gouvernement fédéral a, par son action, encouragé l'utilisation des énergies fossiles en connaissance de cause de son impact catastrophique sur les changements climatiques. Il y a là une reconnaissance sans ambiguë du rôle que les autorités américaines ont joué dans la survenance ou l'aggravation du phénomène. Le juge Hurwitz va encore plus loin en reconnaissant l'urgence de la situation lorsqu'il affirme que « l'incapacité à modifier la politique existante est susceptible d'accélérer une apocalypse environnementale »⁴⁴. Pour le Tribunal de District, cette inaction est susceptible d'être à l'origine d'une violation des droits garantis par la Constitution.

B. Le non-rejet du fondement constitutionnel des préjudices invoqués

1. *L'invocation potentiellement recevable d'une violation des droits fondamentaux*

Si la Cour d'appel a préféré ne pas examiner la question, elle ne nie pas explicitement pour autant l'absence de violation des droits constitutionnellement garantis. En vertu d'une économie de moyens, les juges de la Cour d'appel n'ont pas débattu l'existence ou non d'un droit à un système climatique capable de soutenir la vie humaine. Mais ils se sont plutôt penchés sur la question de savoir si la demande des plaignants devait être fondée sur la loi relative aux procédures administratives (*Administrative Procedure Act (APA)*). En effet, la Cour a rejeté la demande du gouvernement qui exigeait que la requête des plaignants soit présentée sur le fondement de l'*APA*. Elle explique

⁴² United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 20.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 11.

que les demandes fondées sur la Constitution mettant en cause l'action d'un organisme gouvernemental pouvaient être formulées indépendamment de l'APA⁴⁵ d'autant plus celle-ci ne peut servir de fondement qu'aux demandes contestant les décisions relevant de l'exercice discrétionnaire d'une administration. La Cour rappelle que les plaignants ne défendent pas que les administrations mises en cause aient dépassé leur domaine de compétence légale. La stratégie des défenseurs de déplacer le débat sur le terrain de l'APA plutôt que sur le terrain constitutionnel n'a pas marché. La Cour a admis qu'en l'absence d'une décision prise par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire causant la violation, imposer que le fondement de l'APA empêche les plaignants de contester la violation des droits constitutionnels.

En 2016, la juge Ann Aiken avait jugé recevable l'argument des plaignants qui alléguaient que le comportement du gouvernement avait porté atteinte aux droits fondamentaux non seulement garantis explicitement par la Constitution, mais également ceux qui seraient implicitement protégés par celle-ci. Les plaignants invoquent une violation de leurs droits fondamentaux (*substantive due process rights*) qui résulterait d'une inaction de la part des défenseurs qui ont autorisé en connaissance de cause la hausse du niveau de CO₂ dans l'atmosphère à un niveau entraînant une dérégulation du climat. Ils se fondent sur le 5^e amendement (*Due Process Clause*) pour invoquer, d'une part, la violation du droit à la vie, à la liberté et à la propriété, et d'autre part, la violation du droit à une protection égale devant la loi. Mais l'innovation réside surtout dans l'invocation par les plaignants du droit à un système climatique stable sur le fondement du 9^e amendement qui permet de protéger les droits qui ne sont pas expressément énumérés par la Constitution américaine.

La question de l'étendue du pouvoir judiciaire dans l'identification d'un nouveau droit fondamental a été posée par cette affaire. Même si le droit invoqué est nouveau, la technique d'identification, quant à elle, n'est pas nouvelle dans la mesure où la Cour suprême s'est déjà adonnée à cet exercice dans le passé. Toutefois, en 250 ans de jurisprudence, elle n'en a identifié qu'un nombre très limité, à l'instar du droit au mariage pour tous⁴⁶, du droit d'accès à la contraception, du droit à l'avortement, du droit à la liberté sexuelle et du droit de contrôler l'éducation de ses enfants⁴⁷. Il est généralement admis que la Constitution américaine peut faire l'objet d'une interprétation évolutive en fonction des nouvelles préoccupations et des nouveaux défis auxquels doit faire face la société. Ce n'est pas sans rappeler la technique de la protection par ricochet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a permis de protéger des droits en l'absence de disposition expresse le permettant. En effet, la Cour de Strasbourg s'efforce d'« interpréter [la Convention] à la lumière des conditions de vie actuelles »⁴⁸ en se saisissant des nouveaux enjeux auxquels les rédacteurs n'avaient pas pensé au moment de l'élaboration de la Convention. Dans cette logique,

45 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 16-18.

46 Le juge Ann Aiken a fait un parallèle entre le droit au mariage pour tous et le droit à un climat stable en citant l'affaire *Obergefell c. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). Elle affirme que « [t]out comme le mariage est le fondement de la famille, un système climatique stable est littéralement le fondement de la société, sans lequel il n'y aurait ni civilisation ni progrès ». United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 82.

47 M. HAMMERSLEY, « The Right to a Healthy and Stable Climate », *Arizona Journal of Environmental Policy*, vol. 7, 2017, p. 118.

48 Cour EDH, *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, Recueil 1999-V, § 101.

rappelons que le droit à un environnement sain a été reconnu dans sa jurisprudence sur le fondement notamment du droit à une vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁹. La Cour de l'Oregon, quant à elle, a rejeté l'argument des défendeurs qui contestaient la nature fondamentale d'un tel droit et a reconnu le droit à un système climatique stable capable de soutenir la vie humaine, en affirmant le caractère indispensable de ce droit à une société libre et ordonnée. En effet, pour la juge Ann Aiken, un système climatique stable constitue le fondement d'une société sans lequel il ne peut y avoir ni civilisation ni progrès⁵⁰. Elle affirme que ce droit est tellement essentiel qu'il n'a pas besoin d'être inscrit expressément dans la Constitution, il est inhérent aux autres droits existants.

En principe, la Constitution américaine ne met à la charge du pouvoir exécutif que des obligations négatives, c'est-à-dire une obligation de s'abstenir de violer les droits des individus. Néanmoins, des obligations positives incombant au gouvernement peuvent être reconnues dans deux cas exceptionnels : celui de l'exception de la « relation spéciale » (*special relationship*) et celui de la « création du danger » (*danger creation*). Pour la Cour, la deuxième hypothèse s'applique en l'espèce : il est possible de mettre des obligations positives à la charge du gouvernement lorsque la conduite de celui-ci « met la personne en danger dans une indifférence délibérée pour sa sécurité »⁵¹. En plus de la piste d'une violation des droits fondamentaux, la violation des obligations fiduciaires en vertu de la *Doctrine du Public Trust* avait été également jugée recevable par la Cour de District.

2. L'invocation potentiellement recevable du principe de la fiducie publique

La *Doctrine du Public Trust* ou le principe de la fiducie publique est un principe théorisé par le professeur Joseph Sax dans un article publié en 1970 dans le *Michigan Law Review*⁵². Deux affaires sont citées comme étant à l'origine de l'application du principe par les juges : l'affaire *Illinois Central*⁵³ et l'affaire *Geer c. Connecticut*⁵⁴. La *Doctrine du Public Trust*⁵⁵ repose sur le principe selon lequel en vertu de la théorie du contrat social qui existe entre les citoyens et leurs gouvernants, ces derniers détiennent en fiducie les ressources naturelles pour le compte et le bénéfice des générations actuelles et futures des citoyens en ce que ces ressources constituent la propriété commune des citoyens. C'est un attribut de la souveraineté que le gouvernement ne peut éroder. L'objectif est de protéger les ressources qui sont vitales pour la souveraineté, la survie et le bien-être de l'homme afin de promouvoir la longévité et la durabilité d'une société qui doit perdurer d'une génération à l'autre. Il faut assurer la continuité du bon fonctionnement de l'État en évitant de priver les futurs législateurs des ressources naturelles nécessaires au bien-être et à la survie de leurs citoyens.

49 Voir notamment Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 ; *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005.

50 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 82.

51 *Idem*, § 86.

52 J. L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention », *Michigan Law Review*, vol. 68, 1969, p. 471-565. Voir également M. O'Loughlin, « Understanding the Public Trust Doctrine through Due Process », *Boston College Law Review*, vol. 58, 2017, p. 1321.

53 *Illinois Central Railroad c. Illinois*, 146 U.S. 387, 455 (1892).

54 *Geer c. Connecticut*, 161 U.S. 519, 523-25 (1896).

55 F. SCHNEIDER, « La fiducie publique, cousine d'Amérique de la domaniaité publique », *RFDA*, septembre-octobre 2014, p. 907-917.

C'est dans cette perspective que trois séries d'obligations sont imposées à la charge des *trustees*. En vertu de la *Doctrine du Public Trust*, ces derniers ont non seulement l'obligation de protéger le bien contre les destructions, mais également l'obligation de préserver sa capacité à fournir des services écologiques pour les générations futures, notamment contre des dommages irréversibles. Enfin, ils ont l'obligation de recouvrer des dommages et intérêts en cas de destruction d'un bien par un tiers afin de le restaurer pour la population et les générations à venir. Cette dernière obligation peut s'appliquer notamment à l'égard des entreprises transnationales contre lesquelles les pouvoirs publics doivent intenter des actions en réparation en cas de destructions imputables à ces dernières.

À l'inverse des droits fondamentaux reconnus par la Constitution américaine qui, en principe, n'impose pas des obligations positives, la *Doctrine du Public Trust* permet de mettre à la charge des pouvoirs publics non seulement une obligation de protéger les biens publics, mais aussi de les restaurer en cas de dommages. L'invocation du principe de la fiducie publique présente de nombreux avantages compte tenu notamment de sa dimension intergénérationnelle et de sa valeur constitutionnelle. De même, il faut souligner que c'est un principe vivant qui, loin d'être statique, s'adapte pour répondre aux conditions de son époque, aux besoins et aux intérêts de la société. L'application du principe de la fiducie publique a été contestée par les défendeurs qui ont argué que l'atmosphère n'est pas un bien commun en fiducie et que seuls les États fédérés et non l'État fédéral peuvent constituer des débiteurs des obligations fiduciaires. Ils ajoutent également que le principe n'a pas lieu de s'appliquer en l'espèce du fait de l'adoption de lois fédérales spécifiques réglementant la lutte contre les changements climatiques. Enfin, l'absence d'un droit de recours conféré aux plaignants dans le cadre du principe de la fiducie publique a également été invoquée par les défendeurs.

S'agissant des biens communs protégés en fiducie, il faut rappeler que ces derniers sont définis comme une ressource vitale qui est « d'intérêt public pour le peuple d'un État »⁵⁶. Force est de reconnaître qu'à l'origine seules les eaux navigables étaient concernées, mais une interprétation évolutive opérée par les juges a permis d'étendre la catégorie des biens protégés en fiducie pour prendre en considération les usages de leur époque, et ce en phase avec les données scientifiques et les préoccupations actuelles⁵⁷. Dans cette logique, ont été reconnus par la jurisprudence comme étant *res* protégés en fiducie, la biodiversité, la vie sauvage, les eaux non navigables, l'air, etc. En première instance, la Cour de District avait préféré faire une économie de raisonnement en décidant de ne pas se pencher sur la question de savoir si l'atmosphère est un bien protégé en fiducie, car les plaignants ont évoqué des dommages liés aux effets de l'acidification des océans et de la hausse des températures des océans. Or, la mer territoriale demeure évidemment un bien protégé en fiducie comme l'avait confirmé la Cour suprême à maintes reprises⁵⁸. Ainsi, il a été reconnu que nous sommes bien en présence d'une atteinte à un *res* environnemental placé sous le régime de la fiducie publique.

56 Voir Jurisprudence *Illinois Central*, 146 U.S. 387, 455 (1892).

57 *In re Water Use Permit Applications*, 9 P. 3d 409 (Haw. 2000): « The "purposes" or "uses" of the public trust have evolved with changing public values and needs ». Voir aussi *Matthews c. Bay Head Improvement Ass'n*, 471 A.2d 355, 365 (N.J. 1984): « [W]e perceive the public trust doctrine not to be "fixed or static", but one to "be molded and extended to meet changing conditions and needs of the public it was created to benefit". *Avon by the sea*, 61 N.J. 296 (1972) ».

58 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 106 en citant *Phillips Petroleum Co. c. Mississippi*, 484 U.S. 469 (1988).

Néanmoins, rappel doit être fait que l'atmosphère a été effectivement reconnue comme étant un bien environnemental dans une autre affaire *Foster c. Washington Department of Ecology* dans laquelle le juge a reconnu l'atmosphère comme un bien commun protégé en fiducie en expliquant que toute la survie et le bien-être de l'humanité reposent sur l'atmosphère puisque tout le système climatique en dépend⁵⁹. Le juge a reconnu la violation par les pouvoirs publics locaux de leurs obligations fiduciaires et a enjoint le ministère de l'Écologie de l'État de Washington de promulguer une loi visant à la réduction des émissions. Ce qui a d'ailleurs inspiré l'expression d'« *atmospheric trust* » (fiducie atmosphérique)⁶⁰ révélatrice de la volonté d'adapter les outils juridiques existants aux défis posés par la lutte contre les changements climatiques.

Le deuxième argument des défendeurs consistant à affirmer que le principe de la fiducie publique n'impose des obligations qu'aux États fédérés a été également rejeté par la juge Aiken qui a estimé que tout comme les États fédérés, l'État fédéral peut être débiteur des obligations fiduciaires, du moins s'agissant de la mer territoriale. De même, puisque c'est un attribut de la souveraineté, pour la Cour, il n'existe aucune raison de juger que ce principe ne s'applique pas à l'État fédéral.

Le troisième argument soulevé par les défendeurs conteste le fondement juridique sur lequel la demande a été présentée. Rappel doit être fait que dans de nombreuses affaires⁶¹, le stade de la recevabilité n'a pas pu être franchi sous prétexte que des textes législatifs traitant spécifiquement du climat, à l'instar de la *Clean Air Act*, régissent déjà la problématique. Cela a surtout été le cas pour les plaintes fondées sur la *Doctrine* de la nuisance publique, c'est-à-dire celle fondée sur la *common law* fédérale. Dans ces affaires, les juges affirmaient qu'en vertu de la *lex specialis*, les lois plus spécifiques en matière de changements climatiques remplaceraient toute demande fondée sur la *common law* fédérale. En rejetant cet argument, la Cour de l'Oregon a jugé que toute demande concernant la fiducie publique ne peut être assimilée à une demande invoquant la nuisance publique. En effet, du fait qu'il concerne un attribut inhérent à la souveraineté (en imposant une obligation de protéger la chose en fiducie), l'application de la *Doctrine* du *Public Trust* ne peut être écartée et substituée par une législation même spécifique régissant la lutte contre les changements climatiques.

La Cour a également rejeté le dernier argument relatif à l'absence d'un droit de recours conféré aux plaignants dans le cadre du principe de la fiducie publique. Les demandes relatives au respect du principe de la fiducie publique relèvent des droits fondamentaux substantiels. En effet, même si la Constitution ne crée pas ce droit – car il existe depuis l'origine de l'humanité – le droit de recours des plaignants pour faire respecter les obligations fiduciaires des autorités gouvernementales découle bien de la Constitution. Pour la Cour, la garantie d'un droit de recours en matière de fiducie publique relèverait plus précisément du 5^e amendement de la Constitution américaine qui consacre le droit à un procès équitable en affirmant que « nul ne sera [...] privé de sa vie, de sa

59 *Foster c. Washington Department of Ecology*, No. 90386-7, 19 novembre 2015.

60 M. C. Wood et C. W. Woodward, « Atmospheric Trust Litigation and the Constitutional Right to a Healthy Climate System: Judicial Recognition at Last », *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6: 2, 2016, p. 674 et s.

61 *AEP Co. c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011); *Native of Kivalina c. ExxonMobil Corp*, 696 F. 3d 849 (9th Cir. 2012); voir sur cette dernière affaire : K. Peloffy, « Kivalina c. Exxonmobil: A Comparative Case Comment », *McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy*, vol. 9: 1, 2013, p. 124-128.

liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière »⁶². La Cour réaffirme l'existence d'un droit de recours implicite découlant du 5^e amendement de la Constitution reconnu déjà par la Cour suprême dans les années 1980. À la suite d'une évolution jurisprudentielle⁶³, la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'un droit de recours peut être déduit implicitement de la Constitution, en l'absence même d'une disposition expresse conférant un tel droit.

Il faut reconnaître que la force de la stratégie des plaignants résidait avant tout dans l'invocation de principes constitutionnels pour fonder leur action. En effet, ils avaient réussi à inscrire leur demande dans un contexte plus large ; ce que les lois en matière de lutte contre les changements climatiques ne permettaient pas de faire. Au-delà de leur autorité juridique, ces arguments constitutionnels offrent une grande flexibilité, cette bataille judiciaire étant surtout menée sur le terrain de « l'implicite », sachant que celui-ci laisse une plus grande place à l'adaptation et à l'évolution du droit. Cette stratégie aurait pu porter ses fruits devant la Cour d'appel du 9^e circuit, mais celle-ci n'a pas jugé utile de se prononcer dessus. Un autre point d'achoppement dans la reconnaissance d'un intérêt à agir a eu raison de la justiciabilité du litige.

II. Une résistance certaine à la reconnaissance de la capacité du pouvoir judiciaire à statuer sur des litiges climatiques

La question du caractère réparable du préjudice avait été examinée par le juge Thomas Coffin et la juge Ann Aiken qui ont, tous les deux, considéré que le caractère réparable du préjudice était suffisamment établi pour justifier l'intérêt à agir aux fins de l'examen de la recevabilité de l'affaire⁶⁴. Mais c'est sans compter sur la Cour d'appel du 9^e circuit qui a renversé le jugement rendu en première instance et a déclaré l'affaire irrecevable pour absence du caractère réparable du préjudice (A). Si le Tribunal fédéral de l'Oregon avait valablement contourné cette barrière, il n'est point surprenant aujourd'hui de voir l'affaire échouer aux portes du prétoire, car le spectre de la question politique rôde toujours (B).

A. Le rejet du caractère réparable du préjudice

1. Une réparation permettant de réparer le préjudice allégué

Le test du caractère réparable du préjudice passe par la preuve que chacune des formes de réparation requise par les plaignants est de nature à réparer le préjudice allégué et que la réparation est à la portée du pouvoir judiciaire.

62 5^e amendement de la Constitution américaine : « *No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* ».

63 *Davis c. Passman*, 442 U.S. 228 (1979); *Carlson c. Green*, 446 U.S. 14 (1980).

64 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 64 et 70. Voir également United States District Court for the District of Oregon, Order and Findings & Recommendation, *Juliana et al. c. United States et al.*, précité : « *For now, it is sufficient that EPA's action/inaction with respect to the regulation of greenhouse gases allegedly results in the numerous instances of emissions that purportedly cause or will cause the plaintiffs harm* ».

Afin de déterminer si le préjudice est réparable, il convient pour les juges de vérifier que la réparation requise par les plaignants peut permettre de réduire ou de ralentir le dommage invoqué. Il reviendrait à s'interroger si une réduction des émissions pouvait réduire la concentration de GES dans l'atmosphère et réduire les impacts des changements climatiques, sachant que les défendeurs contrôlent plus d'un quart des émissions mondiales. L'étendue de la réparation a toute son importance dans la mesure où elle détermine le caractère ou non justiciable du litige.

Pour la Cour d'appel, la mesure de redressement déclaratoire exigée par les demandeurs ne satisfait pas les conditions du test sachant qu'admettre la violation par le gouvernement des droits des plaignants ne pourrait leur donner qu'une simple satisfaction psychologique qui n'est pas de nature à réparer le préjudice ou inverser la courbe du réchauffement climatique. Là est la limite du droit interne par rapport au droit international qui reconnaît la satisfaction comme une forme de réparation à part entière. En effet, celui-ci accorde le droit d'obtenir satisfaction, indépendamment de l'existence d'un préjudice matériel. La satisfaction a un caractère sanctionnateur : il s'agit d'une sorte de sanction morale⁶⁵.

La mesure de redressement par voie d'injonction quant à elle a intéressé la Cour plus longuement. Pour celle-ci, la réparation consistant à enjoindre le gouvernement à cesser « de permettre, d'autoriser et de subventionner » l'utilisation des combustibles fossiles et à préparer un plan d'action soumis au contrôle judiciaire pour baisser les émissions ne saurait suffire pour stopper l'augmentation du CO₂ dans l'atmosphère encore moins pour baisser ces émissions. Elle se montre sceptique quant à l'efficacité du plan d'action pour réparer la violation alléguée du droit à un climat stable capable de soutenir la vie humaine.

Il n'est pas à exclure que la position de la Cour suprême ait influencé la décision de la Cour d'appel dans la mesure où la première avait déjà exprimé son scepticisme face à l'étendue de la demande des plaignants qu'elle qualifia de « frappante »⁶⁶. L'argument des défendeurs a été de relever qu'une injonction à l'encontre d'une seule entité, même celle jouant un rôle majeur, n'offre aucune garantie pour résorber les impacts négatifs des changements climatiques. La logique qui sous-tend la position de la Cour d'appel est que dans l'hypothèse d'une hausse des émissions dans d'autres parties de la planète, le préjudice subi par les plaignants ne peut être atténué même avec une réduction des émissions nationales. Autrement dit, cela permet de poser la question de savoir si les défendeurs ont la capacité d'inverser le point de non-retour sans la coopération internationale et une baisse des émissions globales dans un laps de temps déterminé⁶⁷.

Le juge Ann Aiken avait fait, en première instance, une appréciation souple du caractère réparable du préjudice, en admettant qu'il existe une probabilité que les mesures de redressement déclaratoires et par voie d'injonction demandées par les plaignants puissent « ralentir ou réduire le dommage »⁶⁸.

65 C. DOMINICÉ, « Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, en ligne : <https://books.openedition.org/iheid/1351?lang=fr>; § 241 et 286, consulté le 21 mars 2020.

66 United States, et al. c. USDC OR, Order in pending case, 30 juillet 2018, précité.

67 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 23.

68 United States District Court for the District of Oregon, Opinion and Order (10 novembre 2016), *Juliana et al. c. United States et al.*, précité, § 66.

Elle cite ainsi la jurisprudence *Massachusetts c. EPA*⁶⁹ dans laquelle la Cour suprême avait reconnu qu'une certitude n'était pas exigée dans l'examen du caractère réparable du préjudice. Le parallèle avec cette jurisprudence n'a toutefois pas été retenu par la Cour d'appel qui estime que dans l'affaire *Massachusetts c. EPA* était en cause un droit procédural et non un droit substantiel comme dans l'affaire *Juliana*. En somme, si le droit de la responsabilité vise à effacer un préjudice découlant de faits situés dans le passé, pour la Cour, l'injonction exigée par les plaignants ne pourrait atteindre cette finalité d'autant plus qu'elle demeure hors de sa portée.

2. Une réparation à la portée du pouvoir judiciaire

Pour la Cour, la réparation du préjudice allégué par les plaignants requiert une transformation fondamentale du système énergétique du pays, mais également du monde industrialisé. Inverser les tendances climatiques requiert un changement de modèle économique de la planète tout entière et non seulement celui des États-Unis.

Les actions menées contre l'État dans les litiges climatiques avaient jusque-là pour la plupart un dessein à dimension planétaire. Elles sont davantage motivées par la nécessité de sauver la planète en inversant les tendances climatiques et de garantir un avenir aux jeunes générations que de réparer simplement le préjudice individuel de chacun au titre d'une action en dommages et intérêts. Cette stratégie qui se veut salvatrice a bien marché aux Pays-Bas avec l'affaire *Urgenda* dans laquelle les plaignants avaient invoqué l'équité inter et intra générationnelle. À l'inverse, dans le cas d'espèce, c'est bien l'étendue de la demande qui pose problème, car n'étant pas considérée à la portée du pouvoir judiciaire.

Aujourd'hui, la leçon que l'on peut tirer de cette affaire est que la formulation de la demande de réparation – un aspect peu ou prou négligé dans le passé – a également toute son importance. Une demande de réparation plus terre à terre, plus individualiste, plus ancrée dans le présent, moins centrée dans le futur, certes beaucoup moins ambitieuse et systémique, serait peut-être une stratégie à exploiter la prochaine fois. Cela consisterait par exemple à faire une demande en dommages et intérêts pour réparer des préjudices bien spécifiques tels que des frais de santé, un manque à gagner, une relocalisation forcée, etc. Ce type de demande pourrait également être beaucoup plus résilient face à la *Doctrine* de la question politique qui continue encore aujourd'hui à hanter les litiges climatiques.

B. Le spectre de la *Doctrine* de la question politique

Conformément à la jurisprudence fondatrice *Marbury c. Madison* de 1803⁷⁰, une question de nature politique ne peut pas être traitée par le pouvoir judiciaire sans aller à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs. L'application de la *Doctrine* de la question politique nécessite la mise en balance de deux principes fondamentaux, le juge étant amené à veiller à la séparation des pouvoirs tout en s'assurant que la justice soit rendue pour éviter le déni de justice.

⁶⁹ *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 505 (2007).

⁷⁰ *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).

1. *La première et la troisième hypothèse de la jurisprudence Baker*

En première instance, le Tribunal avait été amené à appliquer les critères établis par la Cour suprême dans la jurisprudence *Baker*⁷¹ pour déterminer si l'affaire présentait une question politique non justiciable.

Conformément à la jurisprudence *Baker*, le pouvoir judiciaire n'est pas compétent pour examiner une question dont la résolution serait expressément attribuée par la Constitution américaine au pouvoir exécutif. En l'espèce, il n'existe pas de disposition constitutionnelle faisant clairement référence à la répartition des compétences dans le domaine de la politique environnementale ou de la lutte contre les changements climatiques. En effet, la Cour concède que la politique climatique est de nature transversale, susceptible de concerner de nombreux domaines pour lesquels les pouvoirs politiques possèdent une compétence. Du commerce extérieur aux affaires étrangères en passant par la défense nationale, la politique climatique fait appel à plusieurs secteurs. Mais cela ne suffit pas en soi à empêcher la Cour de connaître d'une affaire portant sur la politique climatique du gouvernement fédéral, car celle-ci ne relève pas, à la différence par exemple de la politique étrangère, du ressort exclusif du pouvoir exécutif. La troisième hypothèse dans laquelle la Cour ne pourrait pas statuer serait celle où une décision judiciaire pourrait aller à l'encontre des réformes entreprises par le pouvoir exécutif et législatif. Cet argument, qui est souvent invoqué dans les matières relevant des affaires étrangères, n'a pas été retenu par la Cour au motif qu'une décision qui imposerait au gouvernement de réduire ces émissions de GES n'est pas incompatible avec les engagements internationaux des États-Unis. En effet, il existe une possibilité pour la Cour de donner raison aux plaignants sans nécessairement aller à l'encontre des conventions négociées par le pouvoir exécutif.

2. *La deuxième hypothèse de la jurisprudence Baker*

Le deuxième critère permettant au juge américain de détecter la nature politique d'une question posée demeure la question de savoir si la résolution d'un litige nécessite une prise de décision dépassant la compétence du pouvoir judiciaire. Dans le passé, les cours américaines ont rejeté de nombreuses actions climatiques sur ce motif. Dans l'affaire *American Electric Power c. Connecticut*⁷², la Cour suprême s'est déclarée incompétente au motif que la réglementation des émissions de GES a été attribuée à l'Agence de protection environnementale (*Environmental Protection Agency*) par la *Clean Air Act (CAA)*, une loi fédérale portant sur la lutte contre la pollution de l'air. Ainsi, la Cour suprême a jugé que cette question ne peut être résolue parallèlement dans le cadre d'un contentieux. Cela a également été le cas dans l'affaire *Ned Comer c. Murphy Oil* dans laquelle des résidents du golfe du Mississippi ont allégué la responsabilité d'entreprises du secteur de l'énergie et des combustibles fossiles dans la survenance des dommages matériels causés par l'ouragan Katrina. Le Tribunal

71 *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186, 198 (1962).

72 *AEP Co. c. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011). Voir également C. O'Connell Miller, « Climate Change Litigation in the Wake of AEP c. Connecticut and AES c. Steadfast: Out to Pasture, but Not out of Steam », *Golden Gate University of Environmental Law Journal*, vol. 5, 2012, p. 343-361.

de première instance avait rejeté leur demande au motif que la question posée à la Cour n'était pas justiciable⁷³. Ce que la Cour suprême avait confirmé⁷⁴. Le Tribunal fédéral de District de l'Oregon avait jugé que les critères dégagés par la jurisprudence *Baker* ne s'appliquaient pas en l'espèce.

La Cour d'appel quant à elle ne se donne pas la peine d'examiner toutes les hypothèses dégagées par la jurisprudence *Baker* pour déterminer si la demande des plaignants relève ou pas de sa compétence. Mais elle avance que la réparation du préjudice allégué exigerait davantage l'intervention du pouvoir législatif que celle du pouvoir judiciaire. Les juges auraient pu enjoindre le pouvoir exécutif d'adopter un plan d'action pour remédier à la situation tout en lui laissant le soin de déterminer les modalités d'exécution de manière discrétionnaire. Or, pour la Cour, cela impliquerait pour le pouvoir judiciaire de juger non seulement du caractère suffisant des actions prises par l'exécutif, mais également de surveiller leur conformité sur une très longue période⁷⁵. Le pouvoir judiciaire ne veut pas, d'une part, s'immiscer dans un processus interminable, et d'autre part, exiger le développement d'un plan d'action dont il ne peut assurer la bonne exécution.

Si la Cour est consciente de l'inaction de l'exécutif et du législatif face à la situation, celle-ci ne justifie pas que le pouvoir judiciaire se saisisse d'un litige non justiciable. Autrement dit, le rôle du pouvoir judiciaire n'est pas de remplir le vide laissé par l'inaction des deux autres branches du gouvernement. Quelle que soit la légitimité de la requête, le pouvoir judiciaire ne peut dépasser les limites de ses prérogatives pour remplacer celles attribuées aux deux autres branches du gouvernement.

Malgré la dose d'espoir insufflée par la juge Ann Aiken quant à la justiciabilité des actions pour la lutte contre les changements climatiques, la recevabilité de l'affaire en appel a achoppé sur la preuve du caractère réparable du préjudice révélant ainsi l'existence éventuelle d'un plafond de verre que les affaires climatiques américaines peinent à briser. Lors d'un précédent article portant sur la décision du Tribunal de District de l'Oregon, nous avançons l'hypothèse selon laquelle la recette pour une justice climatique serait peut-être trouvée : des plaignants singulièrement « vulnérables », des défendeurs juridiquement « tangibles », des fondements juridiques novateurs et solides capables de contourner le piège de la question politique et celui du *displacement*. Mais à l'aune de la décision de la Cour d'appel, nous sommes aujourd'hui beaucoup moins confiants. La bataille n'étant pas menée sur un terrain purement juridique, mais politique, cette affaire questionne la capacité ou/et la volonté des juges à statuer sur des questions controversées.

73 *Comer c. Murphy Oil USA*, US District Court for the Southern District of Mississippi, 2007; *Comer c. Murphy Oil*, n° 12-60291, Courts of Appeals, fifth circuit, 2009. *Ned Comer c. Murphy Oil*, Courts of Appeals, fifth circuit, n° 12-60291, 14 May 2013.

74 *Comer c. Murphy Oil USA*, CV 05-0436US (Supreme Court Order, 2011) .*Ned Comer c. Murphy Oil*, Courts of Appeals, fifth circuit, n° 12-60291, 14 May 2013.

75 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA OPINION, précité, p. 26.

Dans la lutte pour la préservation du système climatique et la reconnaissance d'un droit à un système climatique stable et durable capable de maintenir la vie humaine, on avait prévu un réveil des juges qui allait être opéré en trois actes.

Une double prise de conscience. Confortés par l'avancée des connaissances scientifiques, les juges semblent avoir pris conscience de l'urgence de la situation, de la gravité et de l'imminence du danger que représentent les changements climatiques. Ce réveil des juges⁷⁶ a été également opéré à la suite d'une prise de conscience de l'inaction ou de l'insuffisance des actions et des réformes entreprises par les autres branches du gouvernement. Face à cette inquiétude grandissante et à la pression de l'opinion publique, une prise de conscience du pouvoir judiciaire quant à l'absence de volonté des autres branches d'agir pleinement pour garantir la stabilité climatique a été opérée. Encore faut-il que les juges acceptent d'en tirer les conséquences. C'est tout de même un aveu de faiblesse que de dire que « toutes les plaintes bien fondées ne peuvent être réparées par un tribunal »⁷⁷.

Une prise de confiance. Pourtant, dans sa décision, la juge Ann Aiken affirme que le pouvoir judiciaire doit agir comme un « *co-equal branch of government* », branches égales du gouvernement. Les juges auraient pu agir comme un véritable contre-pouvoir aux deux autres branches qui ne servent pas suffisamment l'intérêt des générations actuelles et futures. Cette conception ne semble pas être partagée par les deux juges de la Cour d'appel du 9^e circuit qui refusent de statuer sur le litige qu'ils estiment non justiciable. On avait espéré que les juges prennent confiance en leur capacité à résoudre un litige controversé mettant en cause des données factuelles et scientifiques complexes. Aujourd'hui, nous sommes en présence de deux conceptions divergentes du pouvoir judiciaire : l'une plus progressiste marquée par un activisme judiciaire qui ne s'impose pas de limites et l'autre plus traditionaliste qui repose sur une interprétation restrictive du rôle des juges.

Une prise de contrôle. Dans le contexte actuel, cette prise de contrôle se fera bien attendre. À l'aune d'une cour suprême très conservatrice, il semblerait que des paramètres de politique judiciaire modulent davantage le sort des affaires climatiques que des éléments substantiels d'ordre juridique. Pour résumer très simplement, les juges de la Cour d'appel du 9^e circuit ont affirmé qu'ils *compatissaient avec les jeunes, mais qu'ils ne pouvaient rien faire pour eux*.

76 A. T. GOODWIN, "A Wake-up Call for Judges", *Wisconsin Law Review*, 2015, Issue 4, p. 785.

77 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 18-36082 D.C. No. 6:15-cv-01517- AA Opinion, précité, p. 21.

